

《研究ノート》

ケルゼンの基本権論（二）

目次

はじめに

一 「主観的権利」の鳥瞰図式と基本権の概念

一 「主観的権利」の鳥瞰図式と「基本権および自由権」

二 憲法典に規定された基本権——その史的素描

三 基本権の分類ないし類型化の基本的枠組

二 基本権論の分析（その一）「基本権および自由権」について

一 ケルゼンの否定したもの（国家の不作為義務に相關する個人の自由権）（以上本誌四五卷二号）

二 ケルゼンの肯定したもの（国家の無権限に相關する個人の自由権）

三 憲法による平等の保障について

四 基本権および自由権の「実効的保障」について

五 法的力としての基本権および自由権——再びその論拠について

三 基本権論の分析（その二）「政治的権利（参政権）」について

一 「政治的権利（参政権）」の法的性質

二 「法的位置の理論」による分析（以上本号）

四 基本権論の特質

五 基本権論の問題点と残された課題

むすび

新 正 幸

## 二 基本権論の分析(その一)「基本権および自由権」について

### 二 ケルゼンの肯定したもの(国家の無権限に相関する個人の自由権)

#### (一) ケルゼンの構成…憲法的自由のもう一つの様相(「権限の様相」)

以上われわれは、自由権を三つの群に分けてそれぞれの法的構造を考察したが、ケルゼンは、そのような自由の憲法的保障は、「それ自体、いかなる主観的権利も構成せず、単なる反射権も、技術的意味における私権「権利」も構成しない」として、このような法的構造の可能性それ自体を根底から否定するのである。しかれば、それは、いかなる意味において、「主観的権利」として構成されうるのであろうか。ケルゼンは、それについて、先の引用に続けて次のように論ずる。

それ「このような憲法上の平等や諸自由の保障」は、確かに、保障された平等または自由を法律(または立法的命令)によって侵害すること、すなわちそれを廃止または制限することの「禁止(Verbot)」として表わされる。しかし、かかる「禁止」は、主として(in der Hauptsache)、立法機関に対しておかされる法律を制定しない法義務を課するという点にあるのではなく、かかる法律が効力をもつに至るとき、その「違憲」を理由にして、この目的のために予見される(vorgesehen)特別の手續において、再び廃止されうるという点にある。基本権および自由権の憲法適合的(verfassungsmäßig)保障は、法律の内容を消極的方法で規定する憲法の規定であり、そして、この規定に一致しない法律が無効とされる手続を予見する憲法の規定である(RRL, II, S.145)。

ケルゼンによれば、憲法による自由の保障は、法律によるその自由の侵害(廃止または制限)の「禁止」といわれるが、しかし、この「禁止」は、立法者はそれを侵害する法律を制定してはならないという立法者(国家)

の不作為義務を規定しているのではない。そうではなくて、かかる法律が制定されたとき、「違憲」を理由として、そのような法律が憲法の予見する「予め定める」特別の手續によつて無効にされうるといふ点にある。

ここにおいて、われわれは、前稿において「法的位置の理論」で考察した義務論理学上の基本的な法的「様相 (modalities, Modalitäten)」の区別、すなわち A・ロス流に言えば「行為規範の様相 (modalities of norms of conduct)」と「権限規範の様相 (modalities of norms of competence)」(図式2と図式3)<sup>(1)</sup>、アレクシー流に言えば「権利の領域 (Bereich der Rechte)」と「権限の領域 (Bereich der Kompetenzen)」(図式11と図式16)<sup>(2)</sup>の区別——以下本稿においては簡略化と簡明化のために「権利の様相」と「権限の様相」の区別という——が決定的意義をもつことが知られる。なぜなら、ケルゼンは、自由の憲法的保障の意義を、右に考察したように、前者の様相においては一切否定し、ただ後者の様相においてのみ認められるとしているからである。そこでわれわれは、まず第一に、両者の様相が根本的に異なること、第二に、後者の「権限の様相」で自由権を捉えるというのは、そもそもどのようなことを意味するかを明確にする必要がある。ケルゼンはしばしば自由権規定を立法機関に対する「消極的授權規範」<sup>(3)</sup>あるいは「いわばマイナスの『授權規範』」<sup>(4)</sup>として捉えているといわれる。しかし、それは別段、ケルゼンに限ったことではない。基本権規定を「消極的権限規範」と捉える論者は少なからず見られるところである。<sup>(5)</sup>したがって、両者の様相の相違を明らかにすることは、そのような基本権規定の理解の意味を明確にすることにもなるであろう。

## (二) 「権利の様相」と「権限の様相」の根本的相違

「権利の様相」と「権限の様相」、すなわち「行為規範の様相 (権利の領域)」と「権限規範の様相 (権限の領域)」は、根本的に異なる。この違いは、既に先の自由権の第三群において問題とせざるをえなかったが、ここで今一

度大局的に整序し、その法的保障制度との関連についても予め考察しておかなければならない。

第一に、両者の領域は、全く異なった法的様相よりなる。すなわち、前者は、「権利」「義務」「無権利」「自由」の様相よりなるのに対して、後者の領域は、「権限」「服従」「無権限」「無服従（もう一つの自由）」の様相よりなる（ホーフエルド流に言えば、「権能」「責任」「無能力」「免除」である）<sup>(6)</sup>。そして、各様相は、それが三項関係の命題形式をとるとき、その主体およびその名宛人の「法的位置」およびその相互ならびにその対象との間の「法的関係」を表わす。

第二に、両者の領域に属する諸様相は、法的に全く異なった性質をもつ。前者の領域においては、行為規範は「単に、義務、あることを求める権利および自由を定めることによって、行為を資格づけるだけである」のに対して、後者の領域においては、権限規範は「法行為の可能性、したがって法行為によって法的位置を変更する能力を創出する」のであって、権限は、権限規範によって付与され、それに一致する行為（権限の行使）によって、一定の法的位置、すなわち、その権限規範の下にある法主体の法的位置を変更する。権限は、私法の領域にも、公法の領域にも存し、先に述べたような契約締結、婚姻締結や所有権の行使は、私法の領域における権限行使の例であり、法律の制定や行政行為の定立は、公法の領域における権限行使の例である。そして、このような権限行使による法的位置の変更は、二つの方法によってなされうる。一つは、例えば立法行為というような一般的法規範の定立という方法によって、いま一つは、例えば行政行為あるいは契約（普通の場合）というような個別的法規範の定立という方法によって。しかるに、行為規範は、このような法的能力を創出するのではなく、ただ一定の行為を「権利」「義務」「自由」として資格づけるだけである（Vgl. R. Alexy, TG, S. 212 f.）。

第三に、このような両者の領域の法的性格の違いに相应して、両者における自由の「補強」の形態も根本的に異なる。すなわち、法的様相の相違は、その法的保障（補強）の方法と論理的にも制度的にも密接不可分に結び

ついているのである。

「権利の様相」においては、法的自由は、法秩序によって命令も禁止もされていない法的空間、「法的許容としての自由」として現れるから、その補強は、法的に許容された自由空間に属する自由の尊重を命じ、この自由に対する介入を禁止することによって、すなわち、かかる介入に何らかの制裁を結びつけることによってなされる<sup>(7)</sup>。その場合、制裁には、刑事制裁（刑罰）と民事制裁がありうる。後者の制度的表現が民事上の不法行為に関する損害賠償制度である。公権力の行使に関する場合には、その制度的表現は、国家賠償制度である。そして、それらの背後にある最終の制裁は、債務不履行に対する強制執行にある。

これに対して、「権限の様相」においては、法的自由は、他者の無権限に相関する法的位置として、他者の無権限による統制から免れていること、即ちかかる統制に服することはないという「無服従＝免除としての自由」としてあらわれるから、その最も実効的な補強は、このような自由への無権限の侵害行為に対して、その法的効果を否認することによってなされる。ここで「最も実効的」というのは、このような侵害行為に対して制裁を加えることによってそれを抑制することも理論的には可能であるが、法技術的に必ずしも容易でないのみならず、たとえそれが可能な場合でも、制裁を加えることによって侵害行為それ自体の法的効果が当然に否認されるわけではないから、問題の根本的な解決にはならないからである。かくて、法的効果の否認という補強形態が最も実効的なものとなるが、このような侵害行為の法的効果の否認という補強形態は、先の制裁による不侵害の義務づけによる補強形態から、明確に区別されなくてはならない。なぜなら、ここでは、権限規範による法行為の法的効力の存否が問題となるからである。このような法行為の法的効力の否認は、例えば契約のような私人間の行為においても問題となるが<sup>(8)</sup>（公序良俗に反する法律行為の無効）、もとより立法行為を初め、法規範を創設する一切の国家行為も問題となりうる。憲法によって保障された自由を侵害する無権限の国家行為、とりわけかかる法律の

効力を事後的に否認する制度が違憲審査制であるのはいうまでもない。また、違法な行政行為の効力の否認に関する行政訴訟制度もまたこのような補強制度に属することは明らかである。

以上「権利の様相」と「権限の様相」の根本的相違、したがって、そこでの「自由」の様相の相違（「命令および禁止の不存在＝義務の不存在＝許容としての自由」／「権限の不存在＝服従の不存在＝無服従（免除）としての自由」、その補強形態の相違（侵害行為に対する「制裁」／「法的効果の否認」）および補強制度の相違（「刑罰と強制執行」「国家賠償制度」／「行政訴訟制度」「違憲審査制」）を素描したが、その理由は、ケルゼンの右の論述が、憲法上保障された自由について、「権利の様相」の成立可能性を否定する一方、他方では「権限の様相」においてのみ構成されていることの意味を明確にしているからである。自由権は「それ自体、主観的権利」ではない、すなわち「法義務の反射としての権利」ではないとするケルゼンによる「権利の様相」における自由権の否定の論理は、窮極的には、前稿において示唆したように、<sup>(10)</sup>また後に次章四で論ずるように、「国家は不法をなしえない」という国法学の認識論上の公理よりする「国家の義務」の觀念の否認によるが、他方では、憲法的自由の保障がもつばら「権限の様相」においてのみ問題とされ、かかる自由を侵害する法律の効力を否認する「特別の手續」が論じられているからである。しかし、そもそも「権限の様相」において自由権を捉えるとは一体いかなることを意味するのであるか。そこで、次に、ケルゼンの理論を「法的位置の理論」から再構成することによって、その法的構造を明確化することにしよう。それによってまた、ケルゼン自身の理論構成における特質と問題点も明らかになるからである。

### （三）ケルゼン理論の再構成…「国家の無権限に相関する個人の自由権」の分析

われわれは、「法的位置の理論」において、権限の様相に関する一般的図式を提示した。<sup>(11)</sup>再現すれば、次の如

くである（図式16）。

この図式において、「 $K$ 」は権限の様相を表わす演算子、「 $a$ 」は権限の主体、「 $b$ 」は権限の名宛人 $\parallel$ 権限に服する（権限の統制の下にある）主体 $\parallel$ 服従者、「 $RPb$ 」は権限の名宛人たる服従者（ $b$ ）の「法位置（Rechtsposition）」を表わす。そして、ここでは、 $a$ が $b$ の行為を必要としないので $b$ の法位置「 $RPb$ 」を変更しうる場合を想定することにしよう。<sup>(12)</sup> その場合には、「 $a$ は $b$ の法位置を変更しうる」とは、「 $a$ は、その行為によって $b$ の法位置を創出しうる」ことを意味するから、したがって、権限に関する三項命題「 $Kab (RPb)$ 」は、「 $a$ は、 $b$ に対して、 $b$ の法位置（ $RPb$ ）を創出する権限を有する」ことを意味する（vgl. TG.S.218 f.）。「 $Kab (RPb)$ 」の相関は、「 $Sba (RPb)$ 」であり、両者は「等値」の関係に立

図式16

$$\begin{array}{ccc} Kab (RPb) & \sim & Sba (RPb) \\ \text{(権限)} & & \text{(服従)} \\ \neg & & \neg \\ \neg Kab (RPb) & \sim & \neg Sba (RPb) \\ \text{(無権限)} & & \text{(無服従=免除)} \\ & & = (\text{もう一つの自由}) \end{array}$$

図式31

$$\begin{array}{ccc} Ksb (RPb) & \sim & Sbs (RPb) \\ \text{(憲法的権限)} & & \text{(憲法的服従)} \\ \neg & & \neg \\ \neg Ksb (RPb) & \sim & \neg Sbs (RPb) \\ \text{(憲法的無権限)} & & \text{(憲法的無服従)} \\ & & = (\text{もう一つの憲法的自由}) \end{array}$$

つ。「 $Sba (RPb)$ 」の否定（ $\neg$ ）は、無服従「 $Sba (RPb)$ 」である。

われわれがここで問題とするのは、憲法的自由であるが、それは個人の国家に対する関係であるから、権限の主体（ $a$ ）に国家（ $s$ ）を代入し、それに服する主体（ $b$ ）に個人を代入し、 $b$ の法的位置を（ $RPb$ ）で示せば、憲法的自由に関する権限は、図式31によって表わされるであろう。<sup>(13)</sup>

「 $Ksb (RPb)$ 」は、「国家（ $s$ ）は、個人（ $b$ ）に対して、 $b$ の法位置（ $RPb$ ）を創出または変

図式32

「 $Sbs$  ( $LbsG$ )

更する権限を有する」ということを意味する。したがって、それと等値の、それに相関する「 $Sbs$  ( $RPb$ )」は、「個人 ( $b$ ) は、国家 ( $s$ ) に対して、(国家による) 個人 ( $b$ ) の法位置 ( $RPb$ ) の創出または変更に服する」ことを意味する。憲法的自由が問題となるのは、「国家の無権限」「 $Ksb$  ( $RPb$ )」である。これは、「国家 ( $s$ ) は、個人 ( $b$ ) に対して、個人 ( $b$ ) の法位置 ( $RPb$ ) を創出または変更する権限を有しない」とことを意味する。そして、それに相関するのは、個人 ( $b$ ) の「無服従」、「 $Sbs$  ( $RPb$ )」である。すなわち、「個人 ( $b$ ) は、国家 ( $s$ ) に対して、(国家による) 個人 ( $b$ ) の法位置 ( $RPb$ ) の創出または変更に服さない(服従の關係に立たない)」ということの意味する。ここで問題となる法的位置は、個人の憲法的自由の位置であるから、「( $RPb$ )」を「( $LbsG$ )」(図式21参照)に置き換えれば (vgl.S.219)、個人の憲法的無服従の法的位置が示されるであろう(図式32)。

憲法的無服従の法的位置「 $Sbs$  ( $LbsG$ )」は、この図式から知られるように、すべての憲法的自由の法的位置を含む。したがって、それは、先に考察した「憲法的許容としての自由」と様相は異なるが、領域的には重なることになる。それは、先に自由権の第三群において所有権に即して考察したような権限規範に基づく法的位置にのみ限定されるわけではない。アレクシーは、このように限定して理論構成しているが如くあるが、正確でない。それは、第三群の法的位置はもとより、第一群・第二群の自由権を含めて、憲法的許容としての自由すべての法的位置の領域を含むものと考えなくてはならない。<sup>14)</sup>

このような国家の無権限に相関する個人の憲法的無服従(免除)としての自由を最も鮮明かつ論理一貫して定式化したのは、私見によれば、カール・シュミットのかの有名な法治国家的「配分原理 (Verteilungsprinzip)」による自由の位置づけではないかと思われる。「この配分原理は、個人の自由の領域は原理的に無限定であり、国家の権能 (Befugnisse) は原理的に限定されているということの意味する」(VL.S.158 訳一九七頁。Vgl.S.181 訳二二四頁)



とし、自由権のみを「真正の基本権」（VL.S.164: 訳二〇四頁。S.166: 訳二〇六頁）としているからである。ここから明らかのように、原理上無限定な自由の法位置に相関するのは、国家の「権能」であって、国家の「義務」ではない。これにより彼の基本権構成が、何よりもまず「権利の様相」ではなく、「権限の様相」で捉えられていることが知られる。

この憲法的無服従（免除）としての自由は、それ自体未だ「裸の」「補強されていない」法的状態であるが、それが実効性をもつためには、補強されなくてはならない。

その補強の第一は、国家に対してかかる自由の不侵害を求める権利を認めることによってなされる。しかし、かかる補強は、通例それとして意識されないで、自由に当然伴うもの、それと一体不可分のものと理解されている。なぜなら、この憲法的無服従の自由は、それ自体としては原理上無限定な極めて一般的・抽象的な法的位置であるが、それが無権限の国家権力によって侵害されるや否や、それによって直ちに自由の侵害が特定化されて現実化し、それに対して防禦するための具体的請求権として捉えられるからである。シュミットが、市民法治国家における「基本権は、その実体から見て、法益ではなく自由の領域であり、そこから諸々の権利、それも妨害排除権【防禦権】（Abwehrrechte）が生ずる。このことは、歴史的に基本権の端緒を意味する諸々の自由権において、もっとも明瞭である」（VL.S.163: 訳二〇三頁）としているのは、それを示す。ベッケンフェルデもいうように、「憲法のレベルでそれ自体直接的に具体的請求権（konkrete Rechtsansprüche）として実現できるのは自由権的基本権だけである」が、「自由権的基本権にこのことが可能であるのは、その保護すべき利益が、すでにそれ自体で存在しており、いわば自然的にあらじめ与えられているからである」<sup>(15)</sup>。

補強の第二は、国家に対してその不侵害を求める権利が侵害された場合、この権利侵害を裁判上主張して侵害行為の法的効力の否認を求める権限を個人に付与することによってなされる。自由権が、無権限の国家行為に対

する防禦権として、具体的請求権と観念される限り、そこではすでに、この第二の補強も含意されている。しかし、ワイマール憲法下においては、法律の留保の原則と行政裁判所が確立されていた限り、行政権については、そのようにいえても、立法権に対しては、必ずしもそうではなかった。なぜなら、そこでは、司法裁判所の裁判官による法令審査は散在的に存したとはいえ、違憲審査制それ自体は制度として確立されなかったからである。<sup>(16)</sup>

違憲審査制は、何よりも、無権限の立法行為に対処しようとするものである。立法機関は、個人の憲法的自由の法的位置を変更・廃棄する権限を有しない。すなわち、それについて「無権限」である。この立法機関の「無権限」、個人の側からいえば「無服従（免除）」は、立法機関が無権限であるにもかかわらず立法権を行使した場合に、その立法行為（法律）の法的効力の否認を裁判上主張しうる権限が個人に認められる場合に、最も実効的に補強される。このような補強を認める制度が違憲審査制に他ならない。それには、周知のように、アメリカ流の「司法裁判所型」（付随的違憲審査制）とドイツ流の「憲法裁判所型」（抽象的違憲審査制）とがあるが、後者において、ここで特に重要なのは「憲法訴願（Verfassungsbeschwerde）」の制度である。それがドイツにおいて確立されたのは、戦後ボン基本法になってからであるが、それによって先に述べた自由権の具体的請求権としての性格は、立法権に対しても貫徹されるようになったわけである。日本国憲法は、八一条において、明示に違憲審査制を認め、判例上、アメリカ流の違憲審査制を採用としたものと解され（抽象的違憲審査制を否定しているか否かは必ずしも明確でない）、現にそのように運営されている。<sup>(17)</sup>

このように補強された個人の憲法的無服従の法的位置も、周知のように通例、「自由権」といわれる。しかし、この場合には、それに相関するのは、先に考察した「自由権」のように、国家の不作为義務ではなく、国家の「無権限」である。かようにして、前者を「国家の不作为義務に相関する自由権」、通例それが念頭におかれている故に、端的に「自由権」と呼ぶならば、後者は「国家の無権限に相関する自由権」であり、正確には「憲法的無

服従権」、ハートの用語に即していえば、「憲法的免除権」と呼ばれるべきものである。<sup>(18)</sup>

かくて、それもまた、法上完全なものとして理論上構成すれば、左の三つの法的位置が合一した三層の法的構造をもつものと考えることができる。

①「憲法的無服従としての自由」

②「国家に対してその不侵害を求める権利」

③「この権利侵害を裁判上主張し侵害行為の効力の否認を求める権限」

この「憲法的無服従権」の三層の法的構造において、①は「権限規範の様相（権限の領域）」にある一つの様相（「無服従」）である。②は、その補強として、その不侵害を求める権利」であり、それ自体は「行為規範の様相（権利の領域）」にある。いわば、「権限に関する（無服従を求める）権利」である。<sup>(19)</sup> ③は、その権利の補強として、裁判所に訴えて侵害行為の効力の否認を求める「権限」である。①も③も、「権限規範の様相（権限の領域）」にあるが、次元を異にする。前者は、国家に対する個人の実体法上の「憲法的無服従としての自由」という消極的な「法的位置」であるのに対して、後者は、その補強として、国家に対する個人の手続法（訴訟法）上の（裁判判決を求めるという）積極的権限であり、それもまた無論ひとつの憲法上の「法的位置」である。<sup>(20)</sup>

しかし実際には、自由権は、防禦権として裁判上貫徹可能な具体的請求権として観念されているから、そこでは、これらの三層構造は必ずしも意識されないまま一体的なものと観念されているということになる。

#### （四）ケルゼンの理論構成の特質と問題点

かようにして、ケルゼンの理論構成の特質も明らかになる。すなわち、自由の憲法的保障は、「それ自体、何ら主観的権利を構成せず、単なる反射権「法義務の反射としての権利」も、技術的意味における私権「権利」も

構成しない」として、「国家の不作為義務に相関する個人の権利」の觀念、いわゆる「自由権」の觀念を根底的に否定し、かかる憲法保障は、ただ、その自由を侵害する違憲の法律の廃止に至る特別の手續に参加する「法的力」という意味においてのみ「主觀的權利」としての性格を認めうるとする理論構成は、「法的位置の理論」より分析すれば、正確には、まさにここで提示した「憲法的無服従（免除）権」として捉えられることになるのである。

しかしそこからまた、ケルゼンの理論構成の根本的な欠陥も明らかとなる。なぜなら、それは、右に示したように、(a)(b)(c)の三層の法的構造をもつが、ケルゼンの定式は、専らその補強の外皮たる(c)の「法的力」に終始し、もく(c)が認められなければ、その論理的前提となる(b)さらに(a)も認められなければならないにもかかわらず、その核をなす(a)(b)については何の考察もなされておらず、法実証主義の立場から超実定法的な自然権として性急に排除されているのである。しかし、(c)を「法的力」として「主觀的權利」だということであれば、その論理的前提をなす、(a)(b)もまた実定法上の存在といわざるをえない。とりわけ、(a)「憲法的無服従としての自由」が、先に示唆したように、自由権の三群の①に共通する「憲法的許容としての自由」と様相は異にするが、領域的には重なることを看過している点に、根本的な問題を含むものといわなければならない。<sup>(21)</sup>

ここにおいて、ケルゼンとシュミットが鮮やかな対照をなしているのが興味深い。ケルゼンは、右の如く外皮の(c)のみを捉えて「法的力」という意味で權利と捉え、核の(a)(b)を捨象したのに対して、逆にシュミットは、核の(a)(b)を「防禦権」としてつかみ出し、その外皮たる(c)の裁判的保障、とりわけ違憲審査制に対しては極めて冷淡であったからである。<sup>(22)</sup>しかし、本稿の立場からいえば、いずれも不十分といわねばならない。なぜなら、「憲法的無服従権（免除権）」として自由権は、理論上正確には(a)(b)(c)の三層構造をもつものと考えられるからである。

のみならず付言すれば、先に引用したケルゼンの論述（*KRL II, S. 145*）には、かなり微妙な、かつ不明確な論点が含まれていることも明らかとなる。

第一に、そこで「主として」というのは、そうでない場合、すなわち例外的には、立法者に違憲の法律を制定してはならないという不作為義務もありうるということの意味するのであるか。もしそうだとすれば、自由権もまた国民と国家と権利義務関係であると捉えられる場合もありうること、つまりは「権利の様相」においても成立する場合もありうることを示唆するのであるか。そうだとすれば、それは、明らかに、「自由の憲法的保障は、それ自体、いかなる主観的権利も構成しない」というケルゼン自身の命題に反することになる。したがって、「主として」というのは、先に示唆したように、権限としての自由に関わる補強形態は、「主として」違憲の法律の効力の廃止であるが、場合によっては、法律制定に関与した機関に対する制裁による補強形態も理論的にはありうることを示唆したものとみるべきであろう。

第二に、憲法の基本権および自由権規定がすでに、それに反する違憲の法律を廃止する特別の手続を「予見している」（予め定めている）かのように論じられているが、基本権規定それ自体に、はたして、このような手続的要請の「予見」を読み取ることができるのであろうか。このような特別の手続の最も主要なものは、いうまでもなく違憲審査制であるが、しかし、基本権が憲法上規定されながら、違憲審査制は、アメリカを除いてヨーロッパ諸国において久しく確立されなかったし、それが多くに国において採用されるに至ったのは、ようやく第二次大戦後になってからである。そうだとすれば、基本権規定それ自体に、違憲審査手続を読み込むことには、理論的飛躍があるものといわなければならない。憲法によって基本権を保障することと、その保障を実効的に保障する制度をどのように憲法上規定するかという問題とは、理論的には別の問題とされなくてはならない。したがって、ケルゼンの論述は、「もしそういう特別の手続が憲法において規定されていれば、その場合には」という意

味で理解すべきものであろう。

第三に、これに関連して、もし実定憲法がそのような手続の「予見」に反して、特別の手続を定めていないときはどうなるか。おそらくは、このような「政治的権利」としての基本権および自由権は、法的には、意味をもたない存在となるであろう。

#### (五) 個別的法規範による憲法的自由の侵害について

なお、ケルゼンは、先の引用に続けて、個別的法規範による憲法的自由の侵害について論じている。憲法上保障された基本権および自由権は、一般的法規範（法律）によって侵害されるだけではない。個別的法規範によっても侵害されうる。そのような場合、個別的法規範による基本権の侵害は、どのような法的性質を有するのであろうか。

確かに、いわゆる基本権および自由権は、法律（および立法的命令）によってのみならず、法律を執行する命令、行政行為または裁判判決によっても、違反されうる。すなわち、法律（または立法的命令）の形式において出現するのは別の規範もまた、違憲の内容をもち、この理由から廃止されうる。しかし、それらが、違憲の法律に基づくのではなく、いかなる法律上の根拠なしに定立された場合にも、廃止、しかもこのような形式理由から廃止されるのであって、第一には、その内容が憲法の実質的「禁止」に違反する、つまり憲法によって「禁止」された内容であるという理由によるのではない（S145）。

かつてケルゼンは、「国事裁判権の本質と発展」において、憲法保障の客体（憲法を侵害する対象）として、憲法規範を直接に活用・適用する国家行為（憲法直接的國家行為）と、それに基づいて定立される国家行為（憲法間接的國家行為）とを区別し、憲法保障の客体を前者に限定すべきことを論じたが、<sup>(23)</sup>右の論述は、この論点に

関わるであろう。それは、憲法裁判ないし憲法訴訟の制度・手続のあり方の問題と密接に関係するが、この点については、後ほど再度論じられている。

- (1) 前稿(三)・二二号・一八九頁・二〇三―四頁。
- (2) 同・一九六頁・一九八頁。
- (3) 菅野喜八郎『続・国権の限界問題』(木鐸社・昭和六三年)一一六頁。
- (4) 尾吹善人『日本憲法——学説と判例——』(木鐸社・一九九〇年)三頁・五―七頁。神橋一彦「純粹法学に於ける『権利』概念について(一)」『金沢法学』四〇巻一号・一九九八年・三二八―三三一頁(『行政訴訟と権利論』所収・信山社・二〇〇三年・二七七―二七九頁)。
- (5) アレクシーももとよりこのような立場にも立つが、基本権規範を「消極的権限規範」として位置づける論者として以下のものをあげている(TG,S.223)。H. Ehmke, *Wirtschaft und Verfassung*, 1961, S.29 ff.; ders., *Prinzipien der Verfassungsinterpretation*, in: *VVDStRL*, 20(1963), S.89 ff.; K. Hesse, *GV, RdM*, 291, 訳一五〇頁。Fr. Müller, *Die Einheit der Verfassung*, 1979, S.142; J. Schwabe, *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, 1977, S.291; P. Häberle, *Grundrechte im Leistungsstaat*, in: *VVDStRL*, 30(1972), S.135; E.-W. Böckenförde, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation*, in: *NJW*, 1974, S.1530。「消極的権限規範」という用語は用いていないが、しかし、このような立場を最も鮮明にしているのは、私見によれば、カール・シュミットである。それについては後述する。
- (6) 前稿(三)・二二号・一八七頁。
- (7) 拙稿「憲法的自由の構造」前掲書・六八―九頁・七三―四頁参照。
- (8) 同・七〇頁・七六―八頁参照。
- (9) この相違は、私見によれば憲法学において必ずしも明確に自覚されていない。もし基本権規範が「行為規範」と「(消極的)権限規範」の二重の性格をもつとすれば、二つの異なった様相・領域は重複・交錯して現れるが(例えば、国家賠償請求訴訟において立法不作为の違憲の主張がなされる場合)、しかしその場合でも両者が理論的には全く異なった様相であることに留意しなくてはならない。このことは、ひろく行政(救済)法の領域においても当てはまるであろう。
- (10) 前稿(二)・一七号・二三頁以下・四九―五〇頁参照。
- (11) 前稿(三)・二二号・一九八頁。

(12) したがって、契約のような場合には妥当しない。なお、この点については、前稿(三)・二二号・二〇六―七頁(注(19))参照。

(13) アレクシー自身は、権限の図式16に、国家を代入する図式31を提示していない。その理由は明確でないが、権限の図式16がaの一方的な行為によって、bの「法位置」が創出または変更される場合のものによることを配慮したものと憶測される。確かに、立法権が問題となるとき、今日の民主的憲法においては、後に考察するように、立法過程に国民が原則として間接的に、場合によっては直接的に参加する「法的力」が認められているから、その点からいえば、図式16に国家を代入するのは相応しくないかも知れない。しかし、それは成立過程における参政権の問題であって、ひとたび法律が成立すれば、その施行にあたっては、成立過程から離れて法律は客観的に妥当し、原則としてわれわれの意思に関わりなしに普遍的に適用されるのであるから、この面においては、図式16に国家を代入することも可能ではないかと思われる。本稿の図式31は、このような見地からなされたものである。

(14) 拙稿「憲法的自由の構造」・前掲書・七七―八頁参照。

(15) E.-W. Böckenförde, Die sozialen Grundrechte im Verfassungsgefüge, in: Staat, Verfassung, Demokratie, 2. Aufl., 1992, S. 151. 初宿正典編訳『現代国家と憲法・自由・民主制』(風行社・一九九九年)三二七頁。

(16) 畑尻剛「憲法裁判研究序説」(尚学社・一九八八年)五二頁以下参照。

(17) さしあたり拙著『純粹法学と憲法理論』二二六頁参照。

(18) H.L.A. Hart, Legal Rights, in: Essays on Bentham, 1982, p. 192. 小林公・森村進訳『権利・功利・自由』(木鐸社・一九七八年)一三三頁。以下、EB訳と略記して引用する。阪本昌成教授も、ハートと同様に、ホーフェルドを参照しつつ、「人權は、ホーヘルドの分析でいえば、基本的には「免除」に該当する」(『憲法理論Ⅱ』一〇〇頁)とし、人權とは、「国家の無権能」に対応する「市民の免除権」を指し(一〇三頁)、憲法学でいう「自由権」とは、「国家の無権能(disability)に相關的な、国家からの免除権(immunity rights)」であるとされる(七二頁)。

(19) 拙稿「憲法的自由の構造」・前掲書・七七頁においては、ここにいう「権利」は指定していなかったもので、ここでの三層の法的構造とは、やや異なっており、その限りにおいて、理論構成の変更がある。すなわち、ここではa「憲法的許容としての自由」とb「この自由を侵害する無権限の国家行為に対する無服従(免除)」を区別していたが、両者は法的様相は別であるが、領域的には重なるので、本稿においては、bの法的位置を第一層におき、第二層に「権限に関する(無権限を求め)権利」を理論上設定した。さもなくば、cと論理的に整合しないと考える至ったからである。



- (20) したがって、「憲法的権限の様相」に関する図式31を用いて③の法的位置を表わしうるとすれば、④の場合とは異なり、権限の主体は個人となるから、*Kas (RPs)* となる。その場合、*(RPs)* は、訴訟制度における訴権のあり方に関する国家の法的位置(責務の様相)を表わすことになる。
- (21) 拙稿「憲法的自由の構造」・前掲書・八〇頁参照。
- (22) C.Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, 1931, 12 ff. 以下に對するケルゼンの批判として、H.Kelsen, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, 1931, 9 ff.
- (23) H.Kelsen, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, VVDStRL, Heft 5 (1929), S. 39 f., in : *Die Wiener rechtstheoretische Schule* [WS], Bd. 2, 1968, S. 1822 f. 以下、この点については、拙著『純粹法学と憲法理論』二〇八頁参照。

### 三 憲法による平等の保障について

#### (一) 「法律における平等 (Gleichheit im Gesetz)」(法定立憲法内容の平等)

憲法によって平等が保障されている場合、ケルゼンによれば、それが「法律における平等 (Gleichheit im Gesetz)」を意味する限り、自由権と同様、その保障は、憲法の平等条項に違反する法律を廃止する方法によってのみ確保される。

法秩序服従者の平等が憲法によって保障されているとき、この平等は、服従者が憲法に基づいて定立された規範とりわけ法律において平等に取り扱われるべきことを意味するのではない。このような平等は考えられないことである。というのは、子供と大人、健常者と精神病患者、男と女等に何らの区別をすることなしに、すべての個人に平等の義務を課し、平等の権利を付与することは不条理であろうから。法律における平等 (Gleichheit im Gesetz) が念頭におかれている限り、その保障がなされるのは、ただ、憲法が、人種・宗教・身分・財産等々の全く特定された差別 (Unterschiede) について、そのような差別が法律においてなされてはならないと定める方法、すなわちかかる差別がなされる法律が違憲として廃止されうる方法においてのみである (S.146, Vgl. S.391 f.)。

そうだとすれば、憲法による平等の保障もまた、自由権の場合と同様に、それに違反する違憲の法律を廃止する手続に参加する法的力を保障するものと理解されることになる。したがって、理論的には、憲法によって保障された平等権は、その完全な形態においては、「国家の無権限に相関する個人の自由権」が三つの法的位置の合一した三層の法的構造を有するのと同様に、以下の三つの憲法上の法的位置が合一した三層構造をもつものとして定式化されうるであろう。

① 「憲法的無服従（免除）としての平等」

② 「国家に対してその不侵害を求める権利」

③ 「この権利侵害を裁判上主張し侵害行為の効力の否認を求める権限」

しかし、このような「権限の様相」における憲法的平等の理論構成は、ケルゼンの場合には、自由権の場合と同様に、個人と国家との実体的な権利義務関係に立つ個人の平等権、不平等な取り扱いの禁止という「国家の義務」に相関する個人の「平等権」の観念の否定を、当然含意するであろう。しかるに、憲法による平等の保障として「平等権」が語られる場合、通例そこで念頭におかれているのは、まさにケルゼンによる理論構成が否認する不平等な取り扱いの禁止という「国家の義務」に相関する個人の「平等権」の観念である。わが国において、宮沢教授がイエリネックの地位理論を参照しつつ「自由権」をもって「憲法上、国民の利益にまで、ある種の国法の定立（処分を含む）が禁止される・・・結果として、国民は、国法から利益を受ける関係」にあり、「この関係における国民の地位」をいうとされているのは先に指摘したが、<sup>(1)</sup>それと同様に、「法の下での平等の原理の下で、差別的な国法の定立が禁止される結果として、国民が利益を受ける関係におけるその地位」を「自由権に準ずるものとし、<sup>(2)</sup>平等権と呼ぶこともできる」とされ、平等権をもって「一種の自由権」、「不平等な差別をうけな

い自由を内容とする自由権」と捉えられているのは、<sup>(3)</sup>その代表例といえよう。アレクシーが、自由権を「法的位置の理論」から国家の不作為義務に相關する個人の憲法的自由の位置として「権利の様相」において分析を試み、その補強をも含めて「防禦権」と捉えていることは、前節一において考察したところであるが、<sup>(4)</sup>アレクシーもまた、ある限度において「法的平等と消極的自由との間には並行性 (Parallelität) がある」(TG, S.380) として、自由権と同様に、平等権をも「権利の様相」において捉えている (TG, S.389 ff.)。平等権が自由権とパラレルにおかれる限り、平等権は、左のような憲法的位置とその補強よりなる三層構造をもつものと構成されるであろう。

- ① 「憲法的許容としての平等」
- ② 「国家に対してその不侵害を求める権利」
- ③ 「この権利の侵害を裁判上主張する権限」

右の①は、差別的な処遇をしてはならないという国家の不作為義務に相關する個人の憲法的位置であり、個人の行動が不平等な処遇によって「命令」されたり「禁止」されたりしない、すなわち「許容」されているという憲法的位置であり、②は①の補強、③は②は補強である。しかし実際には、自由権が通例裁判上貫徹可能な具体的請求権と捉えられているのと同様、それとパラレルに置かれたこの平等権も通例①②③が合体した具体的請求権と捉えられているといえるであろう。

しかしながら、憲法上の平等の法的位置を、かように自由権のそれとパラレルにおき、あるいは一種の自由権と捉えることには、重大な問題が含まれている。なぜなら、かかる構成が成り立つのは、平等権が自由権と同様に国家に不作為を求める「消極的」位置に限定される場合であって、もしそれが国家に作為を求める「積極的」地位をも含むとすれば、かかる構成は成立しなくなるからである。

この問題は、「平等権」と「平等原則」、「機会の平等」と「結果の平等」、「法的平等」と「事実的平等」の関

係をどう捉えるかに密接に、関係し、窮極的には、「自由国家原理」との関係において「社会国家原理」を憲法上どのように捉えるかにかかっているといえよう。今日では後者の原理を強調して、平等の「積極的」地位をできるだけ広範に認めようとする見解も有力である。アレクシーは、平等の「消極的」および「積極的」地位の双方を認めた上で、一般的平等原則から生ずる主観的権利を「抽象的な確定的平等権」「具体的な確定的平等権」「抽象的な一応の (prima facie) 平等権」の三種に区別して、その構造の分析を試みているが (TG, S.390 ff)、かかる分析も基本的にはかかる見地からなされているように思われる。しかし他方、「自由国家原理」の厳格な貫徹を重視する立場からは、つねに「自由と両立しうる平等とは何か」が問われ、両立しない平等に対してつよい警戒心が示されてきた。「法と行為に関する一般的ルールの平等こそは、自由のために役立つ唯一の平等であり、また自由を破壊せずに確保できる唯一の平等である」とするハイエクの立場 (CL (The Constitution of Liberty) p.85. 訳 I・一二五―六頁) がその典型であるが、かかる立場からも、「社会国家原理」が憲法上の原理として定められている以上、平等の「積極的」地位を全面的に否認することはできないであろう。しかしその場合でも、かかる「積極的」地位は、いわば「法と行為に関する一般的ルールの平等」という「原則」的法位置に対して、その施行の結果生じた事実上の不平等を是正するための客観的な最低限度の「例外」的法位置として社会権のレベルにおいて、しかもそれ自体がそれはそれでまた一般的ルールによって規律されるべき抽象的位置であり、かかるルールによって初めて具体的権利となるというように構成されるべきことになろう。<sup>(5)</sup>

同じ問題は、「権限の様相」におけるケルゼンの理論構成にも生ずるが、右の引用より見る限り、平等の法的位置はもっぱら「消極的」位置として理論構成されているが如くで、この点について立ち入った考察はなされていない。

しかし他方ではまた、憲法的平等の法的位置を、そもそも自由のそれとパラレルに捉えられうるかという根源

的な問題もある。先にシュミットが法治国家的「配分原理」から、憲法的自由を「権限の様相」において原理上無限定な法的位置と捉え、自由権のみが「真正の基本権」であるとしてことについて考察したが、シュミットは、かかる「個人主義的な自由権」対して「民主主義的な国家公民権」を対立せしめ、平等権を国家公民権に属するものとしている。それによれば、国家公民権は、したがってそれに属する平等権も、「国家の内部で動くもので、単にある定められ割当てられた量の国家的生活への関与に関するものであるから」、「これらの権利は原理的に無限定たりえず、『自由』たりえない」、したがって「真正の基本権の配分原理に対応するものではない」（VL, S. 168「訳二〇頁」）。かようにして、憲法的平等の法的位置は、自由のその如く、「個人」の「原理上無限定」な自由主義的な位置ではなく、それと全く異なった「国家公民」たる「国民」の原理上限定された民主主義的な位置、つまり「国家の内部で」民主主義原理によって割当てられた量について、「すべての国家公民に同じ範囲で認められる」法的位置ということになる。

しかしながら、「平等」という民主政の概念は、ひとつの政治的概念であり、すべての真正の政治的概念と同じく、区別の可能性を計算に入れている」（VL, S. 227「訳二八〇頁」とし、「友敵の区別」（VL, S. 169「訳二一〇頁」<sup>(9)</sup> Vgl. VL, S. 162「訳二〇二頁、S. 214「訳二六七頁、S. 234「訳二八八頁」をもつて政治概念の本質するシュミットの政治理論・民主制論が、多くを納得せしめる普遍性をもつかどうか、また、法治国家的「配分原理」から平等を排除しつつ、「法律の前、の平等は、法律の法治国家的概念に内在的である、つまり法律とは、それ自体に可能性として平等を含むもの、すなわち一般的な規範に限られる」（VL, S. 154「訳一九二頁」とするのは、論理整合的かどうか等々、多くの問題点を含むように思われる。因みに、ワイマール憲法における「法律の前の平等」の主体が「すべてのドイツ人（Alle Deutschen）」（一〇九条一項）とされていたのに対して、現行のボン基本法においては「すべての人間（Alle Menschen）」（三条一項）とされているのは、まことに興味深い。

## (二) 「法律の前の平等 (Gleichheit vor dem Gesetz)」(法適用の平等)

これに対して、憲法による平等の保障が「法律の前の平等 (Gleichheit vor dem Gesetz)」を保障しているにすぎないと解される場合、その保障の意義はどこに存するか。ケルゼンは、その場合について、次のように論じる。

憲法が、法律において個人についてなされてはならない全く特定された差別を定めないので、個人の平等を宣言する定式を含むとき、憲法によって保障された平等は、法律の前の平等 (Gleichheit vor dem Gesetz) 以外の何ものをも意味しない。しかしながら、法律の前の平等によつては、ただ、法適用機関は適用すべき法律それ自体においてなされているかの差別のみを考慮することが許されるということが定められているにすぎない。しかし、それによつてはただ、一般的にいえば、すべての法に内在する法適用の法適合性の原理、そして、あらゆる法律に内在する法律適用の法律適合性の原理、してみれば、規範は規範適合的に適用されるべしという原理が定められているだけである。したがって、それによつてはただ、法規範に内在する意味以外の何ものも語られていない。裁判判決において、法律が犯罪構成要件の規定において犯罪者の人種・宗教を考慮していないにも拘らず、適用されるべき法律において規定された刑罰が、ただ犯罪者は黒人でなく白人だから、ユダヤ教徒でなくキリスト教徒だからという理由から、ある個人に科されないとすれば、かかる裁判判決は、次のような裁判判決と同じ理由から、違法なものとして取消されうる。すなわち、法律により規定され、裁判所が認定した犯罪行為を何ら行っていない人に刑罰が科される裁判判決、あるいは、かかる犯罪を行った人に法律の規定していない刑罰が科せられる裁判判決が、それである。そのとき、裁判の違憲性は、法律違反とは異なる取消理由または廃止理由を何ら表わしていない (S.146)。

この引用の最初の部分は、先の引用と合わせ読むとき、日本国憲法一四条一項の解釈に引きつけていえば、その前段を法適用の平等、差別禁止事項をかける後段を法内容平等 (立法者拘束) と解する立場と並行するであろう。<sup>(8)</sup> ドイツにおいてこのような論点は、ワイマール憲法期において、その一〇九条一項 (「すべてドイツ人は、法

律の前に平等である」をめぐって激しく論争されたが、この論点自体は、今日ボン基本法においては、その一条三項により、いわば立法(憲法制定)的に解決されているといえよう。<sup>(9)</sup><sup>(10)</sup>

なお、ケルゼンの論述の順序に即していえば、この平等の保障に次いで、特に所有権不可侵の憲法的保障が言及されているが、そこにおいても、宗教の自由の憲法的保障との「類比的状況」が語られ、所有権の憲法的保障は、国家の不作为義務に対応する個人の実体法上の権利を保障するのではなく、専らそれを侵害する「違憲」法律を廃止する手続に参加する「法的力」を保障する意味をもつにすぎないことが示されている(S.146-7)。それについては、既に分析した通りである。

(1) 本稿(二)・本誌四五卷二号四〇六頁・注(1) 参照。

(2) 宮沢俊義『憲法(改訂版)』(有斐閣・昭和三七年) 一一六頁。

(3) 同『憲法II——基本的人権「新版」』(有斐閣・昭和三四年) 一〇一頁・二〇二頁。かかる構成は、前節一で言及したように(本稿(一)・本誌四五卷二号四〇六頁参照)、例えば、基本的人権を国家以前に存する「普遍的な道德的権利」と捉えられる佐藤教授の場合にも異ならないであろう。そこでも、「人権を憲法で保障するとは、人権のこのような性質の確認の上に、国家機関に対してその擁護を法的に義務づけ、その侵害を禁止することを意味する」とされているからである(『憲法(第三版)』三九二—三頁)。しかし、そこで例えば「法律に基づく国家の具体的措置によつて平等権が侵害された場合、自由権侵害の場合と同様、訴訟で裁判所がその法律規定を違憲無効と宣言することによって救済がはかられる」(同・四六八頁。傍点筆者)と語られる場合、そこにいう「平等権」は、理論的には「権限の様相」にあるものと考えなくてはならないのではないか。

最高裁も、「憲法一四一条一項は、国民に対し法の下の平等を保障した規定であつて、同項後段列举の事項は例示的なものであること、およびこの平等の要請は、事柄の性質に即応した合理的な根拠に基づくものでないかぎり、差別的な取扱いをすることを禁止する趣旨と解すべきことは、当裁判所大法院判決(昭和三七年(オ)第一四七二号同三九年五月二七日・民

集一八巻四号六七六頁)の示すとおりである」(最大判昭和四八年四月四日刑集二七巻三号二六五頁(二六六頁)。傍点筆者)と判示し「権利の様相」構成によるが如しである。

(4) 本稿(一)・本誌四五巻二号三八九頁以下参照。

(5) ハイエク自身の見解については、F. A. Hayek, *CL*, p.257 註Ⅲ・九頁以下、*LLL* (*Law, Legislation and Liberty*) II, p.87 f. 訳Ⅱ・一二四頁以下参照。

(6) C. Schmitt, *Der Begriff des Politischen*, 2. Aufl., 1932 (Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corollarien, 1963), S.26 註菅野喜八郎訳『政治の概念』(『危機の政治理論』ダイヤモンド社・一九七三年所収)一八六頁以下参照。

(7) 代表的見解として、佐々木惣一『(改訂)日本国憲法論』(有斐閣・昭和二七年)四二五頁以下参照。

(8) 尾吹善人『日本憲法』(木鐸社・一九九〇年)二二三頁、同『憲法教科書』(木鐸社・一九九三年)九五頁参照。

(9) Vgl. *VVDStRL*, Heft 3 (1927), S.1-62, 点については、柳瀬良幹「平等の原則に就て」『行政法の基礎理論』(清水弘文堂書房・昭和四二年)五二頁以下参照。

(10) Vgl. K. Hesse, *GV*, Rn.431 f. 訳Ⅱ一四頁以下、Alexy, *JG*, S.358 ff., usw.

#### 四 基本権および自由権の「実効的保障」

かように、自由権および平等権も、専らそれを侵害する「違憲」の法律を廃止する手続に参加する「法的力」という意味において「主観的権利」だとすれば、基本権および自由権の「実効的保障」は、かかる廃止の手続、すなわち違憲審査制が憲法上認められる場合に限られることになるのではないか。しかし、ケルゼンは、それを当然のこととしているためか、必ずしもそれを明示しない。右の引用に継いで、ケルゼンはただ、基本権および自由権の「実効的保障」として、「憲法改正」に関して、次のように論ずるのみである。

いわゆる基本権および自由権の実効的保障(*eine wirksame Garantie*)は、ただ、それを保障する憲法が単なる立法の方法によって改正されるのではなく、通常、法律制定手続とは異なった、加重された条件の下でのみそれが成立するという特別の手続で



改正される場合にのみ存在する。…なぜなら、憲法が単純法律によって改正されるならば、いかなる法律も、それに基づく判決、行政処分も、「違憲」の故をもって廃止されえないからである。というのは、憲法は、法律によって、その効力範囲において、廃止されてしまっているからである（S.147）。

一般に、近代成文憲法は、自らの憲法保障制度の一つとして、加重された憲法改正規定を設けているが、ケルゼンによれば、その場合にのみ、基本権の「実効的保障」が確保されるということになる。<sup>(2)</sup>

問題は、憲法で基本権を保障しつつ、いわゆる「法律の留保」が付されている場合、基本権の「実効的保障」は、どのようなことになるかということである。右の引用に続けて、ケルゼンはいう。

したがって、困難にされた条件の下でのみ改正可能な憲法が、「権利」を保障するにあたって、それがただ法律によって制限されない限りにおいてのみ保障するとき、すなわち、憲法が、単純立法に、補償なき収用を定めたり、義務の賦課や権利付与にあつて憲法により排除された差別をなしたり、あるいは、或る自由を制限したりすることを授權している場合には、いわゆる基本権および自由権の実効的保障は存しない。例えば、憲法が、「所有権の不可侵は、これを保障する。公益のための補償なき収用は、法律に基づいてのみ許される」とか、「何人も、自己の意見を法律の範囲内で自由に表明する権利を有する」とか、「すべての国民は、集会および結社の権利を有する。この権利の行使は、法律により規律される」とか規定している場合には、かかる外見的保障（Scheingarantie）が存在する（S.147）。

このようなケルゼンの「法律の留保」に関する理解もまた、すでに『一般国家学』以来すでに示されていたところであるが（Vgl. ASL, S.155 f. 訳二五九頁以下参照）、そこには、根本的な問題点が含まれているように思われる。それは、「法律の留保」の概念それ自体に問題があるのみならず、とりわけ、現代国家における基本権具体化のために法律が果たすべき役割についての考慮を欠いていることに顕著であるといえよう。<sup>(3)</sup>

また今日、基本権の「実効的保障」というとき、直ちに、例えば現在ドイツやわが国において問題となつてゐるそれが想起せられるであらう。すなわち、ドイツにおいて学説・判例により基本権の「実効的保障」として、現行の手続法に対して手続的基本権および実体的基本権がもつ効果を憲法自身の立場から見直し、その意義の拡張を図ることや、実体的基本権からその実効的保障のために手続的要請を導出したり、あるいは組織および手続による基本権の直接的な現実化を図る等、様々の問題領域においてその方策が模索され、<sup>(4)</sup>そしてそれがわが国においても論究されて、立ち入った論議が展開されているのである。<sup>(5)</sup>

かかる現代国家における「法律の留保」の再考や「基本権の実効的保障」の模索は、ある意味で特殊現代国家にまつわる問題という側面をもつが、このような問題領域においてケルゼンの基本権論が理論的配慮を欠くとなれば、その要因の一つとして、既に考察したように、「権利の様相」における基本権および自由権の「主観的権利」性の否定が浮かび上がってくるように思われる。

- (1) 拙著『純粹法学と憲法理論』二二四頁参照。
- (2) 憲法の実体的構成部分に相応して、その効力根拠として実体的根本規範が想定されるとすれば（拙稿「基本権具体化の階層性について」前掲誌一八号・一〇一頁・一二九頁参照）、憲法改正の限界も問題となりうるであらう。
- (3) さしあたり拙稿「基本権具体化の階層性について」前掲誌一八号・一四〇頁・一四九頁参照。現行憲法における法律留保の意義と法的性質については、高橋正俊「法律留保型基本権考」『香川法学』一一卷三・四号（一九九二年）六九頁以下参照。また、ドイツにおける防禦権の三段階審査の第三段階における「形式的正当化要件——法律の留保原則」については、松本和彦『基本権保障の憲法理論』（大阪大学出版会・二〇〇一年）三四頁以下・二二二頁以下参照。
- (4) 拙稿「基本権具体化の階層性について」前掲誌一八号・一五三頁以下参照。
- (5) 笹田栄司『実効的基本権保障論』（信山社・一九九三年）参照。

## 五 法的力としての基本権および自由権——再びその論拠について

それに次いでケルゼンは、最後に、再度繰り返して、基本権および自由権が、「法義務の反射としての権利」でないこと、したがってまた、「技術的意味における権利」でもないことを強調する。

いわゆる基本権および自由権の憲法適合的保障が、ここで示したように、この「権利」の法律上の制限の困難化以外の何ものをも意味しない限り、そこには、主観的意味における権利は、何ら存在しない。制限する立法の「禁止」は、何ら法義務を定めるものでないから、そこには、いかなる反射権も存在しない。したがってまた、主観的権利の下に、法義務の不履行を訴えによって主張する法的力が理解される限り、そこには、いかなる技術的意味における権利も存在しない。基本権または自由権が、——法義務の不履行を訴えによって主張するためではないにせよ——法的力という意味において主観的権利を表わすのは、法秩序が、違憲の法律に関わる個人に対して、違憲の法律の廃止に至る手続を申立によって開始する法的力を付与している場合である。規範を廃止せしめる行為の意味は、それ自体規範であるから、自由権は、規範の創設に参加する法的力にある。例えば、憲法によって保障された宗教の自由を求める権利は、宗教の自由を制限する法律の廃止に至る手続が、その法律に関わるあらゆる個人により、一種の *actio popularis* によって開始されうる場合に、主観的権利である (S.147-8)。

これは、本節の最初で述べられたことの繰返であって、つけ加えるべきことはない。ただ、ここでは、違憲法律の廃止に至る手続との関係で、「一種の *actio popularis*」が語られているのが注目される。かつてケルゼンは、それを国事裁判の客観的な違憲審査制の立場から消極的に捉えていたが、<sup>(1)</sup>ここでは極めて積極的な意義が認められているのが注目される。さもなくば、基本権または自由権は、もはや「主観的権利」とはいえないのであるから、当然のことといえよう。

そして、それに継いで、このよう基本権または自由権の「法的力」として権利は、ひとつの政治的権利として、選挙権と同様に、「技術的意味における権利」とはその法的構造を異にするということが、ここでも繰り返される。

だが、この権利は、政治的権利として、政治的選挙権と同様に、この権利は権利者に対して存する法義務の不履行の主張に仕えるものではないということによって、私権たる技術的意味における（主観的）権利から、区別される（S.148）。

選挙権については、次節三で考察することになるが、ともあれ、なぜこのような違いが生ずるか。もしこの権利が——選挙権の場合と同様に——「技術的意味における権利」と類似の論理構造をもつとすれば、それは、相手方の法義務の不履行、すなわちこの場合には、立法者の法義務（憲法上保障された基本権を侵害する法律を制定してはならないという立法者の法義務）の不履行を訴えによって主張する法的力と捉えられることになる。しかるに、なぜこのように構成しえないか。その理由は、ケルゼンによれば、結局は、立法権は、憲法による立法者への立法権の授權であって、立法者に立法義務を課したものではないということになる。なぜなら、議会という合議制の機関に法義務を課すこと、すなわち、制裁（強制行為）を加えることは、技術的に不可能であるということに帰着する。右の引用に続けていわく。

合議制の立法機関（ein kollegiales Gesetzgebungsorgan）に対して、違憲の法律を制定しないように法的に義務づけることは、技術的諸理由からしてすでに、殆ど不可能であり、実際には存在しない。確かに、議会の法律議決を裁可あるいは審署するべき元首、このような元首の行為に副署する内閣構成員が、そのように裁可、審署、副署された法律の憲法適合性の故に、責任を問われるということ、すなわち、彼らに対して、特別の裁判所によって、免職、政治的権利の喪失というような特別の刑罰が科されうるということは、可能であるし、実際にもなされている。そのとき、かかる行為を定立すること、すなわち、違憲の法律を制定することに参加することの、これらの機関を拘束する法的禁止が存在する。しかしながら、このような制裁の執行に至る手続を開始する法的力は、通例、違憲の法律に関わる個人には認められていない（S.148）。

合議制の立法機関に対して、違憲法律の制定の故をもって、それに制裁を科すことが技術的に「殆ど不可能であり、実際に存在しない」<sup>(2)</sup>。また、議会の法律議決に後続するその余の立法手続に参与する機関に対する制裁が技術的に可能であっても、かかる制裁に至る特別の裁判については、通例、個人にはその手続を訴えによって開始する法的力は認められていない。

かように、基本権および自由権を侵害する違憲法律の制定に対する機関に対する制裁（法義務）の設定に技術的なないし法制度的限界があるとすれば、それを阻止する方策として、違憲法律に基づく個別的國家行為を事後的に審査して、違憲である場合に、元の違憲の法律の効力を否認する方法が問題となる。そして、違憲の法律に直接に關係する個人が元の違憲の法律の廃止に至る手続に裁判上の訴えによって参加する法的力が認められている限り、「いわゆる基本権および自由権は、個人の主観的權利である」。右の引用に続けてケルゼンはいふ。

憲法によって保障された平等または自由を侵害する行政決定あるいは裁判判決、してみれば違憲の法律に基づいて定立された個別的規範が存在し、そして、このような個別的規範によって直接に關係づけられた個人のみが、この個別的規範の廃止に至る手続を訴願あるいは控訴（Berufung）によって開始する法的力をもつとき、この個別的規範の廃止が、具体的事件について違憲の法律を廃止することを含意するか、あるいは当該違憲の法律を何らかの形で一般的に廃止することと結びついている限り、問題となつてゐる基本権および自由権は、當該個人の主観的權利である。憲法によって保障された基本権および自由権を侵害する行政行為ないし裁判行為という個別的規範が、違憲の法律に基づくのではなく、何ら法律の根拠もなく定立されるならば、當該個別的規範の廃止をもたらし法的力たる當該個人の主観的權利は、その法律違反を理由として行政行為ないし裁判行為の廃止をもたらし法的力に存する主観的權利からは、何ら區別されない。個人の訴願ないし控訴によって開始される手続は、違憲の法律の個別的ないし一般的な廃止に至るのではなく、ただ法律違反の個別的規範の廃止に至るだけである。個人が、憲法によって保障された平等または自由を侵害する内容をもつ法律の個別的または一般的な廃止を引き起こす法的力を有する

ときにのみ、いわゆる基本権および自由権は、個人の主観的権利である (S.148-9)。

ケルゼンは、ここでは、右の一連の引用から知られるように、違憲法律の効力の否認という「技術的」な補強形態の問題のみから、「基本権および自由権」を考察し、その本質を割れ出そうとしているかに見える。その帰結は、既に述べたように、一方では、「国家の不作为義務に相關する個人の自由権」の根底的な否定であり、他方では、もっぱら「国家の無権限に相關する個人の無服従（免除）権」としての承認である。しかも、その三層の法的構造の単なる外皮たる©裁判上「侵害行為（違憲の法律）の効力の否認を求める権限」のみである。

以上が、『純粹法学（第二版）』の論述にほぼ即した形でケルゼンの「基本権および自由権」の分析である。この文脈においては、社会権は言及されていないが、それについては、次章四「基本権論の特質」において考察することになる。

(1) H.Kelsen, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, a.O.*, Heft 5 (1929), S.73 f. in: *WS, S.1857 f.*

(2) そういい切れるかどうかは、今日いろいろ問題となりうる。もし、立法行為および立法の不作为が基本権侵害の理由により国家賠償の対象になることがあるとすれば、立法機関に対する制裁が認められることになる（国家に対する強制執行の可能性は常に残るから）。この点については周知のように、わが国において、最高裁判所判例においてリーディング・ケースとして、「国会議員の立法行為は、立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うというごとき、容易に想定し難いような例外的な場合でない限り、国家賠償法一条一項の規定の適用上、違法の評価を受けない」（最一小判昭和六〇年一月二二日民集三九卷五号一五二頁（一五一七頁））、との法理が確立している。この意味において、まさにケルゼンのいうように、立法機関に対する制裁は「殆ど不可能であり、実際には存在しない」というてよいであろう（尾吹善人「憲法の変性？」『憲法制定と変動の法理（菅野喜八郎教授還暦記念）』木鐸社・一九九一年・四〇二頁以下参照）。

しかるに、近時、ハンセン病国家賠償訴訟熊本地裁判決において、①右最高裁判決は、「もともと立法裁量に委ねられているところの国会議員の選挙の投票方法に関するものであり、患者の隔離という他に比類のないような極めて重大な自由の制限を課する新法の隔離規定に関する本件とは、全く事案を異にする」こと、②その後の立法不作為に関する一連の最高裁判決の事案も、「本件に匹敵するようなものでないこと」、③「立法の内容が憲法の一義的な文言に違反している」ことは、「立法行為の国家賠償法上の違法性を認めるための絶対条件とは解されない」こと、そして、右一連の最高裁判決が「立法の内容が憲法の一義的な文言に違反している」との表現を用いたのも、立法行為が国家賠償法上違法と評価されるのが「極めて特殊で例外的な場合に限られるべきであることを強調しようとしたにすぎないものというべきである」ことを挙げ、結局、「新法の隔離規定が存続することによる人権被害の重大性とこれに対する司法的救済の必要性にかんがみれば、他にはおよそ想定し難いような極めて特殊で例外的な場合として、遅くとも昭和四〇年以降に新法の隔離規定を改廃しなかった国会議員の立法上の不作為につき、国家賠償法上の違法性を認めるのが相当である」とし、そして「国会議員には過失が認められる」と判示された（熊本地判平成一三年五月一日・判時一七四八号三四頁（一〇〇一頁））。そして、被告国側は、「政府声明」（五月二五日）において本判決の問題点の一つとして、立法不作為について最高裁判例に反していることを挙げつつも、控訴を断念したため、本判決は確定した。かようにして、わが国において、ケルゼンのように立法機関に対する制裁は「殆ど不可能」とはいえても、「実際に存在しない」とはいえなくなってしまう。しかし、かかる例が、一定の政治的磁場で生じた政治的決着であったことには変わりはない。

### 三 基本権論の分析（その二）「政治的権利（参政権）」について

#### 一 「政治的権利（参政権）」の法的性格

##### （一）立法に直接または間接に参加する法的力としての権利

政治的権利は、先の鳥瞰図式（a）および（b）が示すように、何よりもまず、一般的法規範の創設すなわち法律の制定＝立法（Gesetzgebung）に直接（図式a）または間接（図式b）に参加する法的力としての権利である。

それは、いうまでもなく、法律に服する者が法律の制定に参加するという自律的法律制定の手續として、民主制

の本質的要素をなすものである。

いわゆる「政治的」権利は、ひとつの特別の範疇をなす。世人は、それを、国家意思の形成に影響を及ぼす権能(Befugnis)、すなわち、法秩序の創設——そこにおいて「国家意思(Staatswille)」が表現される——に直接または間接に参加する権能と規定するのがつねである。だが、その際、世人は、——「国家意思」と擬人化された法秩序が問題となるときは、大抵そうであるように——この秩序を形成する法規範の一般的現象形態、すなわち法律のみを念頭においている。規範服従者が立法、すなわち一般的法規範の創設に参加することは、民主主義的国家形態の本質的標識である(RRL, II, S.143. Vgl. ASL, S.152.S. 訳二五三頁以下; RRL, I, S.50. 訳八四頁)。

しかし、民主主義的立法への国民の参加の在り方については、周知のように、直接的なものと、間接的なものがありうる。右の(a)(b)の区別も、このような見地からなされているのはいうまでもない。

民主主義的立法は、一方では、直接に、「国民(Volk)」すなわち規範服従者によって行われうる。これに相應するのは、——いわゆる直接民主制において——個人が立法国民会議(die gesetzgebende Volksversammlung)に参加し、そこでともに論議し、かつともに投票する個人の主観的権利である。他方では、立法は、国民にただ間接的にのみ属する。すなわち、立法は、国民によって選挙された議会によって行使される。そのとき、国家意思形成の過程——すなわち一般的法創設——は、二段階に分かれる。議会の選挙と選挙された議員による法律の議決が、それである。したがって、この場合には、選挙人——その人的範囲については比較的な大小がある——の主観的権利、いわゆる選挙権と、比較的少数の被選挙人の主観的権利、すなわち、議会の構成員たる資格を求める権利、議会とともに論議し、ともに決定する権利とが存在する。これらは、政治的権利である(S.143. Vgl. ASL, S.152.S. 訳二五四頁; RRL, I, S.50 f. 訳八四頁以下)。

純粹法学にとって特徴的なのは、間接的な立法過程について、それを一連の法創設過程として捉えた上で、そ



れを、①国民による議会議員の選挙と②議員による法律議決の二段階に区別し、それに相応して、①国民の選挙権と、②議員の権利（議会における被選挙人たるの資格を求める権利、議会における審議権・表決権）とを、ともに「政治的権利」とする点にある。

しばしば、「Die politischen Rechte」は、直訳の「政治的権利」でなく、「参政権」と訳されることが多い。通例、わが国において「参政権」といわれる場合には、国民の能動的権利、とくに選挙権・被選挙権が念頭におかれ、国家機関たる国会議員の議院における発議権・動議権・討論権・表決権等は「参政権」とはいわれない。それらは、国会議員の「主観的権利」ではなく、議員という国家機関の「権能」として論じられる例である。ケルゼンの思考は、理論的には論理一貫した立場というべきであるが、しかしいずれにせよ、ここで問題なのは「国民」の「主観的権利」が問題であるから、ここでは、右の議員の諸権能については、一応別個のものとして、本稿においては特に考察の対象としない。

## （二）議会の選挙権以外の選挙権

図式（b）に「議会または行政上の選挙権」とあるように、国民の選挙権は、議会の選挙に限られるわけではない。それ以外の国家機関の選挙も民主主義的憲法において認められている。ケルゼンもまたそれらをも広く「政治的権利」と捉える。

議会の選挙権の他に、他の種類の選挙権も、政治的権利と見られる。立法機関のみならず、統治（行政）機関や司法機関も、民主主義的憲法によれば、選挙によって任用されることがある。このような機関の作用が法創設作用である限り、これらの選挙権は、議会の選挙権と同様に、直接的ではないが、しかし、間接的に、その機関の創設に授權された規範の創設に参加する

法的力である (S.144)。

(三) 「政治的権利」と「技術的意味における私権」との同質性と相違

政治的権利は、ケルゼンによれば、何よりもまず法律という一般的法規範の創設に参加する法的力であり、また、技術的意味における私権は、法義務の不履行を裁判上の訴えによって主張する法的力、したがって、不履行に結び付けられた制裁を命ずる裁判判決という個別的法法規範の創設に参加する法的力である。その創設に参加する法規範が、法律という一般的法規範か、裁判判決という個別的法法規範かという法階層上の違いがあるにしても、双方ともに、法規範の創設に参加する法的力という点において軌を一にする。この意味において、ケルゼンは、技術的意味における私権もまた、ひとつの政治的権利であるという (Vgl. S.143)。しかし他方、ケルゼンによれば、いわゆる「政治的権利」と「技術的意味における私権」との間には、大きな違いがある。その違いを、次のように論ずる。少し長いが、重要な論点を含むので、とりあえず厭わず引用しよう。

特殊技術的意味における私権は、いわゆる政治的権利から、次のことによって区別される。すなわち、前者の場合には、法の創設に参加するという、法秩序によってある個人に付与される法的力または権限は、この個人または他の個人に対して存する法義務の主張に仕える (titeln) が、これに対して、後者の場合には、それがあてはまらない、ということである。債権者は、訴えの提起によって、裁判判決という個別的法法規範の創設に参加することが授權されている、つまりそのような法的力をもつのであるが、それは、そうすることによって、債権者に一定の給付をなすべしという債務者の義務の不履行を訴えによって主張するためである。政治的権利の主体、例えば選挙人は、一般的法規範の創設に参加することが授權されている、つまりそういう法的力をもつ。しかし、この法的力は、選挙人に対して存在する他の主体の法義務の主張には仕えない。この法的力の行使は、他の個人に課せられた法義務によって保障されうるが、しかし、必ず保障されなければならないというのではない。それは、ちょうど、授權の行使が、被授權者の法義務の内容でありうるが、しかし必ずそうあらねばならないことはないのと同

様である。裁判官は、債権者の訴えをとりあげるよう義務づけられうるし、そして、訴えをとりあげることの裁判官の拒否が、職務義務の違反として、懲戒罰の下におかれている場合には、裁判官は、それに法上義務づけられている。しかし、主観的権利たる債権者に付与される法的力は、裁判官の職務義務の不履行を主張することに仕えるのではなく、債務者の義務の不履行の主張に仕えるのである。選挙官庁は、選挙権者の投票を受け取り、数える等々を義務づけられうる。そして、この作用の不作為が制裁をもたらすとき、選挙官庁は、そのように義務づけられている。しかし、政治的選挙権を表わす法的力は、この職務義務の不履行を主張するのに仕えるものではない。それは、私権たる法的力と区別して、そもそも個別的法義務の不履行を主張することに仕えるのではなく、法義務を定める一般的法規範の創設に——間接的に——参加するのに仕えるのである(S.115)。

この論述によれば、「技術的意味における私権」と「政治的権利」(例えば選挙権)は、それぞれ何に「仕える(dienen)」か、その「仕える」目的が異なるという点に相違があることになる。すなわち、「技術的意味における私権」は、債務者の法義務の不履行を裁判上の訴えによつて主張することを目的とするのに対して、「政治的権利」、例えば選挙権は、前者におけるような目的をおよそもたず、ただ一般的法規範の創設に間接的に参加することを目的とするのである。

ケルゼンの論述は、幾多の権利や義務が交錯しているので、まことに読みづらい。そこで、先に前稿において提示した「法的位置の理論」の用語に即して整序を試みよう。

## 二 「法的位置の理論」による分析

### (一) 「技術的意味における私権」と「政治的権利(参政権)」の一般的定式

まず「技術的意味における私権」についていえば、債権者(*a*)と債務者(*b*)との間に、*a*は*b*に対して、

$b$ の一定の行動 ( $G$ ) を求める権利を有する。この関係は、権利を表わす演算子 ( $R$ ) を用いて、「 $RabG$ 」と記号される (図式9参照)<sup>(1)</sup>。これは、普通の用語でいえば、私法における実体法上の権利である。<sup>(2)</sup>しかし、ケルゼンによれば、この意味での権利は、すべてそれに対応する「法義務」によって漏れなく記述しうるから、理論的にはそれ独自の法的意義のない「余計なもの」として、それは「法義務の反射としての権利」と呼ばれるべきものである。記号化していえば、要するに、権利「 $RabG$ 」は、法義務「 $ObaG$ 」 (図式10) と「等置」であり、強制秩序たる法秩序にとっては、法義務の概念が本質的なものではあるから、法義務を中心として考えれば、それは、「法義務  $ObaG$ 」の単なる反射にすぎないとされるのである。<sup>(3)</sup>が、いずれにせよ、普通にいう実体法上の権利は、「法義務の反射」としてであれ、その実定法上の存在が認められている。これが第一のレベルである。

しかし、この実体法上の関係において、 $b$ が義務を履行しないとき、すなわち  $a$ の権利を  $b$ が侵害する場合に、 $a$ は、 $b$ の義務の不履行を理由として裁判所に訴を提起し、 $b$ の義務の履行を求める主観的権利を有する。これは、普通の用語でいえば、訴訟法上の権利、訴権である。<sup>(4)</sup>ケルゼンによれば、それは、裁判判決の創設に参加する「法的力」という意味で主観的権利であり、それこそが、右の「法義務の反射としての権利」から区別される、いわば真正の主観的権利である。これが第二のレベルである。法的位置の「様相」でいえば、それは、まさにケルゼンもいうようにひとつの「権限」であり、しかも国家(裁判所)に対する権限である。それは、「債権者 ( $a$ ) は、債務者 ( $b$ ) の義務の不履行を訴えによって裁判上主張し、裁判判決という個別的法規範の定立に参加する権限を有する」という一般的な命題に定式化しうるであろう。ケルゼンのいう「技術的意味における私権」は、本質的には、第一の実体法上の権利を内に含む第二のレベルのもの、この意味において重層構造をもち、国家(裁判所)に対して、第一の実体法上の義務の不履行(権利の侵害)を主張する権限である。<sup>(5)</sup>

問題は、この「技術的意味における私権」は何に「仕える」かにある。ケルゼンによれば、「債務者の義務の

不履行の主張」に仕える。それは、「裁判官の職務義務の不履行の主張」に仕えるのではない。これは、いわゆるもがなのことであるが、「政治的権利」との対比において重大な意味がもたされている。

これに対して、「政治的権利」、例えば「選挙権」の場合はどうか。ケルゼンによれば、それは、法律という一般的法規範の創設に間接的に参加する「法的力」という意味において「主観的権利」である。それは、「個人は、国家に対して、法律という一般的法規範の創設に（間接的に）参加する権限を有する」と一般的な命題の形に定式化されよう。この命題は、先の「技術的意味における私権」に関する命題と類似するが、しかし、レベルを異にする。すなわち、両命題は、ともに「法的力」に関する命題としてケルゼンのいうように「権限」という「権限の様相」における法的位置に関する命題であるが、しかし、法的位置のレベルを異にするのである。つまり、「技術的意味における私権」は、権利の保護のレベル、訴訟法上のレベル、すなわち裁判による実体法上の権利の「補強」という第二のレベルにあるのに対して、選挙権の場合は、それとは異なり、いわば裁判によって「補強」される以前の法状態、この意味において第一の実体法上のレベル、いわば実体法上の権限のレベルにある。

しかしながら、この第一のレベルにある選挙権という権限が、現実の実効的なものとなるためには、何よりもまず第一に、憲法に適合した「選挙制度」が法律によって確立されなければならない。そして、その上で、現実の選挙の実施に際して、各人の選挙権の行使を法令の定めるところに従って適法に管理されなくてはならない。ケルゼンの右の引用に即していえば、「選挙官庁は、選挙権者の投票を受け取り、数える等々を義務づけられる」ということである。しかるに、選挙官庁がその義務を履行しないならば、すなわち選挙権を侵害する場合には、各人は、選挙官庁の義務の不履行を理由として、最終的には、裁判所に対して訴えを提起し、その救済を求めることができるよう選挙に関する争訟制度が確立されていなければならない。この最後の裁判による補強

は、第二のレヴェルの問題、権利保護の問題である。

問題は、選挙権は何に「仕える」かである。ケルゼンによれば、それは、「私権たる法力的力と区別して、そもそも個別的法義務の不履行を主張することに仕えるのではなく、法義務を定める一般的法規範の創設に——間接的に——参加するのに仕えるのである」。換言すれば、私権の場合のように、そもそも実体法上の権利義務関係における「義務の不履行の主張」——選挙権の場合には、国民の選挙権とそれに対応する国家の選挙義務（ケルゼン流に言えば選挙官庁の選挙管理という職務義務）との権利義務関係における「選挙官庁の職務義務の不履行の主張」——に「仕える」のではない、ということである。すなわち、ここでは、一方では、私法における債権者と債務者との間の実体法上の権利義務関係といわばパラレルに想定される国民と国家との間の実体法上の権利義務関係が「そもそも」否定され、他方では、法創設に参加する「法力的」という点において、選挙権が「技術的意味における私権」といわば——法階層を異にしつつも——パラレルにおかれているのである。

ここにおいて、ケルゼンが参政権について何を否定し、何を肯定しているかが明確になる。否定されているのは、選挙権をもって、「権利の様相」において捉えること、すなわち、国民と国家との間に実体法上の「権利——義務関係」が成立することを前提として、「国家の義務に相関する権利」と捉える構成である。他方、肯定されているのは、選挙権をもって、「権限の様相」において捉えること、すなわち、国民と国家との間にいわば実体法上の「権限——服従関係（ホーフエルド流に言えば「権能——責任」関係）」が成立することを前提として、「国家の服従（責任）に相関する権限」すなわち「法力的」と捉える構成である。

## （二）「国家の義務に相関する国民の権利」否定の論拠

参政権を「国家の義務に相関する国民の権利」と捉える構成が、何故に理論上否定されなければならないか。

その論拠に関する論述は、ひどく錯綜している。というのは、次章四でなお分析するように、ケルゼンは、「国家は不法をなしえない」という国法学の公理から「国家の義務」一般を否定し、<sup>(6)</sup>したがって、「技術的意味における私権」の場合には、先の論述からも知られるように、国民の「裁判を受ける権利」に対応する国家(裁判所)の「裁判をなすべき義務」を否定し、また「政治的権利」(例えば「選挙権」)の場合には、国民の選挙権に対応する国家(選挙官庁)の選挙管理義務を否定し、かかる「国家の義務違反」の問題をあげて「国家機関の職務義務違反」の問題——前者の場合には裁判官の職務義務違反、後者の場合には選挙官庁の職務義務違反の問題——と捉えるからである。すなわち、国家に不法を帰属させるのは、国法学の認識論上の「公理」に反するという理由から、国家行為を授權された国家機関の不法行為をあげて国家機関の職務義務違反として国家機関の地位にある個人に帰属せしめ、「国家の義務」の觀念を否定して、それをいわば「国家機関の職務義務」に還元する結果、論述が複雑な様相を呈しているのである。

しかし、根本の問題は、もとより論述の複雑さではなく、「国家は不法をなしえない」という国法学の公理から出発して「国家の義務」を否定することが、はたして理論上正当かどうかである。先に引用の前者(技術的意味における私権)に即していえば、ケルゼンは、「裁判官は、債権者の訴えをとりあげるよう義務づけられている」という問題、いわゆる「裁判の拒否」の禁止の問題を、懲戒法上の職務義務の問題としてのみ捉えているが、しかし、はたしてそれは正当であろうか。それは、何よりもまず、憲法上の基本権としての「裁判を受ける権利」の問題ではないかということである。確かに、ケルゼンのいうように、「技術的意味における私権」は、債権者の義務の不履行の主張を目的とするものであって、裁判官の職務義務の不履行の主張を目的とするものではないであろう。しかし、もし適法に訴えがなされたにもかかわらず、裁判がなされないならばどうなるか。ケルゼンによれば、それはただ裁判官の職務義務違反として懲戒罰のみが問題となるだけであろう。しかし、はたしてそ

うか。そこでは、何よりもまず、基本権としての「裁判を受ける権利」が問題となるのではないか。「裁判を受ける権利」を、単に懲戒法上の職務義務の問題として矮小化することができるのであろうか。ケルゼンの「技術的意味における私権」が訴権としての意味をもち、そこでは当然のこととして「裁判を受ける権利」が前提とされているにもかかわず、それがケルゼンの論理から欠落しているのである。<sup>(7)</sup>このことは、次に見るように選挙権についても当てはまる。

### ③ ケルゼンの構成の特質と問題点

ケルゼンの「政治的権利（参政権）」の構成は、先に考察したのよう、選挙権に即していえば、選挙権をもつて、「権限の様相」において捉えること、すなわち国民と国家との間にいわば実体法上の「権限——服従関係（ホーフェルド流にいえば「権能——責任」関係）」が成立することを前提として、「国家の服従（責任）に相関する国民の権限」すなわち「法的力」と捉える構成である。この意味で、それは、「法的位置の理論」の法的様相からすれば、国家に対する国民のひとつの「権限」、しかも近代憲法はそれを重要な基本権の一つとして規定しているから、憲法上の「権限」である。ここに、ケルゼンの理論構成の特質がある。

しかし、通例「選挙権」の下に念頭におかれているのは、補強を伴わない裸の権限ではない。それを補強するための権利、すなわち国家に対してこの権限を求める権利も、一体的に念頭に置かれているのである。このことは、国民のこの権利に対応して、国家は、国民がこの権限（選挙）を行使しうるよう法律によって選挙制度を整え、それに従って具体的に選挙の管理を行う義務を負うということ、したがって、とりわけ後者の具体的な選挙管理に関して国民と国家との間に実体的な権利義務の関係が存することを意味する。

そしてさらに、この権利は、それが侵害される場合には、その侵害を裁判上主張しうる権限によって、補強さ



なければならない。ケルゼンは、選挙権はそもそも選挙官庁の職務義務の不履行を主張することを目的とするものではないというが、この場合にも、かかる職務義務違反の問題として公務員の懲戒罰のみが問題となるだけなのであるか。むしろ、選挙権においては、国政に参加するという国民の憲法的な法的位置（ひとつの「権限」）だけでなく、その補強として「国家に対してその権限を求める権利」、さらにその補強としての「この権利の侵害を裁判上主張する権限」が問題となっているのではないか。さればこそ、近代立憲諸国において選挙に関する争訟制度が確立されてきたのではなかったか。

かようにして、選挙権は、その補強をも含めて完全な形で定式化すれば、実は、以下の三つの法的位置が合した三層の法的構造をもつものと考えられる。

① 「議員の選挙という国政に参加する国民の憲法的権限」<sup>(8)</sup>

② 「国家に対してその権限を求める権利」

③ 「この権利の侵害を裁判上主張する権限」

そこにいう①は、ケルゼン流いえば、「一般的法規範の創設に間接的に参加する国民の憲法上の法的力（権限）」ということになる。この法的位置は、あらゆる権限と同様に、無限定ではありえず、しかも民主制の本質的構成要素をなす選挙制度を前提とし、それによって具体化されるべき民主主義的な「抽象的」位置である。②は、この抽象的な「憲法的権限」そのものではなく、その補強としての「権限を求める権利」（TG.S.453）であり、それ自体は、「権利の様相」にある。今日、普通・平等選挙は憲法上の原則とされるから、この権利は、かかる選挙制度が法律により具体的に確立されることによって実現される。この制度化によって初めて、憲法上選挙に参加するという民主主義的な抽象的法位置は具体化され、一定の手続において選挙に参加するという具体的権利となるのである。イエリネックは、選挙権は「選挙する権利」ではなく、国家機関として選挙に参加する「機関た

る地位を求める請求権」であるしたが (SsöR.S.136 ff.160 f)、④は、そうではない。かかる請求権をも当然内に含むところの選挙という国政に参加するという国民の具体的権利であり、まさに「選挙する権利」そのものである。<sup>(9)</sup>

選挙権の法的性質をめぐって、「選挙人は、一面において、選挙を通して、国政についての自己の意志を主張する機会を与えられると同時に、他面において、選挙人団という機関を構成して、公務員の選挙という公務に参加するものであり、前者の意味では参政の権利をもち、後者の意味では公務執行の義務をもつから、選挙権には、権利と義務との二重の性質が認められる」とするいわゆる二元説が通説とされる。<sup>(10)</sup>しかし、「公務執行の義務」というのは、正確でない。なぜなら、①から知られるように、それは公務執行の「権限」であって、それが「義務」となるのは、かかる権限の不履行に一定の制裁が結び付けられる場合であって、「権限」そのものとはレヴェルを異にするもう一つ先の次元の問題だからである (cf. GTIS [General Theory of Law and State] p. 293. 訳四四〇頁)。ともあれ、二元説にいう「公務的性質」は右の①に注目したもの、「権利的性質」は④に注目したものと捉えることができ、このように捉えることによって初めて二元説も正当に理解されうるであろう。また、最高裁が当初より選挙権をもって「国民の最も重要な基本的権利の一つである」としつつも、選挙制度の具体的なあり方については、普通・平等選挙という憲法上の枠内においてかなり広い立法府の裁量を認めているのも、選挙権のこのような憲法上の抽象的法位置と法律による選挙制度によるその具体的権利という法的性質に配慮したものと見ることもできるであろう。

その補強としての④は、法的様相としては、ひとつの「権限」であるが、①の権限とは、レヴェルを異にする。すなわち、①は、実体法上の「権限」であるのに対して、④は、それを補強するための訴訟法上の「権限」である。これによって、選挙権は、いわば完全に形において存在するに至るといえよう。

もし選挙権をこのような三層の法的構造をもつものとすれば、ここからケルゼンの構成の問題点も直ちに明ら

かとなる。というのは、ケルゼンのいう選挙権たる「法的力」は、単にその核にある①のみを捉えているだけで、それと一体と観念されている②を欠いているからである。現代の法治国家、そして司法国家においては、それを補強するための③も不可欠な制度であるとすれば、ケルゼンの理論には、それも欠けている。このことは、先に考察した自由権といわば逆の関係にある。すなわち、自由権の場合には、その外皮たる③のみを捉えて「法的力」という意味で「主観的権利」であるとし、それが内に含みその前提となる④⑤が無視されていたのに対して、選挙権の場合には、その核にある①のみが「法的力」という意味で「主観的権利」とされ、それを補強するための②③が捨象されているのである。<sup>(12)</sup>ここに、ケルゼンの理論構成の根本的な問題があるように思われる。

- (1) 前稿(三)・二二号・一九五頁。
- (2) 前稿(四)・二三号・五一頁以下・一〇三頁・一〇五頁以下参照。
- (3) 同・五四頁以下参照。
- (4) 同・八三頁・一〇三頁・一〇五頁以下参照。
- (5) 同・一〇四頁・一〇九頁以下参照。
- (6) 初期の学説とその問題点については、前稿(二)・一七号・二三頁以下・四九頁以下参照。
- (7) 前稿(四)・二三号・一一一―一二頁参照。
- (8) われわれは、先に、憲法上の権限に関する図式31を提示し、「憲法的無服従(免除)権」としての自由権の核にある個人の法的位置②を「*Sbs (Rpb)*」と記号化した。しかるに、参政権の場合には、もしこの憲法上の権限に関する図式31のような図式を用いて表わしうると仮定すれば、国家と個人の記号の位置が逆になるのではないかと考えられる。すなわち、参政権の核にある法的位置④は、「*Kas (Rps)*」、それに相関する国家の責任(責務)は、「*Ssa (Rps)*」と表わされることになる。その場合、(*Rps*)は、国家は国民*a*の選挙という権限を承認するという法的位置を意味し、したがって「*Ssa (Rps)*」は、国家*s*はその権限に服し、それに従った行動をとる責務を負うということを意味することになる。
- (9) 選挙は、必然的に一定の制度を前提する制度的行為、権限規範に基づく法行為であるから、選挙という国政に参加する国

民の憲法的位置そのものを、ここで述べたような「権限の様相」でなく、「権利の様相」で構成しようとするのは理論的に不可能であろう。なお、選挙権の権利性を強調する立場から、選挙という国政に参加する法的位置を国民ないし人民の「主権的」法位置と捉える見解が自然権論や人民主権論の下で試みられているが、本来無制約である「主権」的法位置と制度的行為たる選挙とが整合するかどうか、そして何よりも、「治者と被治者の同一性」の擬制により、「主権」的法位置において、国民の基本権と本来それに対抗する主権（国家権力）、「権限」とそれに相關する「服従（責任）」の法的位置（様相）が、同一に帰することにおいて、理想や幻想の世界においてならともなく、現実の実定法の理論としては無意味な試みというべきであろう。

(10) 清宮四郎『憲法I「第三版」』（有斐閣・昭和五四年）一三七頁。なお、宮沢俊義『憲法（改訂版）』一五七頁、林田和博『選挙法』（有斐閣・昭和三三年）三六頁以下、佐藤幸治『憲法（第三版）』一〇八頁等参照。

(11) 最大判昭和三〇年一月九日刑集九卷二二七頁（三二二頁）。なお、最大判昭和五一年四月一四日民集三〇卷三三二二三頁（二四二頁）、最三小判平成七年二月二八日民集四九卷二二六三九頁（六四一頁以下）、最大判平成一一年一月一〇日民集五三卷八号一四四一頁（一四六九頁）等参照。

(12) このことは、選挙権の概念構成において、補強が捨象されているということであって、補強が全く無視されているということの意味するわけではない。ケルゼンは、ここに考察したように、「技術的意味での権利」と「参政権」（特に選挙権）の構造的な相違を強調する一方、他方では、「選挙裁判所」というような「公的機関がその対応する義務を履行することに対して投票者の利益を保護することを任務とする特別の諸機関」が存在する場合には、「自己の権利が侵害されたとき投票者がかかる選挙裁判所に出訴できる場合には、投票権は私権とまったく同じ技術的な意味で法的権利である」とする（GTLs p.89, 訳一六二頁）。いひは、両者は外皮たる補強において性質を同じくするというのである。なお、この点については、尾吹善人『日本憲法』三六六頁以下参照。